Libertés publiques 10
Maître Bernard Fau

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET D'INFORMATION

Ces deux libertés sont des notions proches et complémentaires :
La liberté d'expression est celle de faire connaître par le langage.
On peut dire que l'expression peut utiliser un vecteur différent des mots, on peut donc retenir ici une définition large : la liberté d'expression est celle de la pensée ou des opinions de chacun.

La loi la Presse du 29 juillet 1881[1] et le problème du référé en matière de presse[2].
Jurisprudence *Mitterrand* Cour de Cassation Civile 5 février 1992 Bull 44 p 22[3]
Liberté de communication audiovisuelle (CNCL et CSA, leur Pouvoir normatif et de sanction).

L'article 11 CEDH dispose

Article 11 – Liberté de réunion et d'association
1 Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.
2 L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.

Et l'article 11 DDHC :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

Internet, droit embryonnaire, tombe sous le droit commun de la presse.
Et 3 textes régissent aujourd'hui : **art 6 loi du 23 janvier 2006**[4], D 24 mars 2006 art 6-1 § 7 et 8, ainsi que l'article L 34-1 code des postes et communications électroniques (sur les obligations pesant sur les fournisseurs d'accès)[5].

---

1 Cette loi a institué une action civile permettant de poursuivre les délits de diffamation (articles 30 « La diffamation commise par l'un des moyens énoncés en l'article 23 envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués et les administrations publiques, sera punie d'une amende de 45000 euros. » et 31 « Sera punie de la même peine , la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'Etat, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.
La diffamation contre les mêmes personnes concernant la vie privée relève de l'article 32 ci-après. »

2 L'assignation en référé est-elle soumise aux règles de l'article 53 « La citation précisera et qualifiera le fait incriminé, elle indiquera le texte de loi applicable à la poursuite.
Si la citation est à la requête du plaignant, elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et sera notifiée tant au prévenu qu'au ministère public.
Toutes ces formalités seront observées à peine de nullité de la poursuite. », sans véritable autonomie par rapport à la procédure du référé civil de droit commun (sauf délai de 8 jours aux défendeurs pour produire la preuve de la vérité, et article 64, qui autorise le juge à prendre les "mesures limitant par quelque moyen que ce soit la diffusion de l'information".)
Ou bien aux règles pénales particulières visées à l'article 55 de la loi, qui dispose : « Quand le prévenu voudra être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi, il devra, dans le délai de dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre :
1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité ;
2° La copie des pièces ;
3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.
Cette signification contiendra élection de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve. »
Comme l'indiquerait la solution de Cass Civile 2ème 5 février 1992

3 Notes Au Bulletin de la Cour de Cassation :
C'est à propos d'une affaire de référé que la deuxième Chambre civile a rendu l'arrêt du 5 février 1992 qui a soumis, de manière nouvelle, le référé de diffamation à l'article 55 de la loi de 1881, en rappelant que la partie assignée en diffamation qui veut être admise à prouver la vérité des faits diffamatoires dispose d'un délai de dix jours après la signification de l'assignation pour lui permettre de faire cette preuve, et que ce délai est d'ordre public. Cette solution a été reconduite à l'identique par un arrêt du 15 mai 1999 (pourvoi n° R. 97-19.078).
Si l'article 55 est applicable à la juridiction des référés, cela suppose que l'assignation permette au défendeur d'apprécier sa nature et sa portée, quant à l'exercice du droit de prouver la vérité des faits. L'assignation doit donc articuler les faits, et les qualifier.
Après l'arrêt du 5 février 1992, l'arrêt du 22 juin 1994 a confirmé, à l'occasion de la saisine d'un tribunal d'instance, l'applicabilité de l'article 55 à l'action civile en diffamation exercée au fond devant une juridiction de jugement. Le pas décisif a été franchi par les arrêts du 19 février 1997, et du 18 mars 1999 qui ont fait application de l'article 53 au procès civil.
On a pu se demander si l'exigence de précision du visa devait aller jusqu'au texte édictant la peine, comme devant la juridiction pénale. Les juridictions du fond ont été sur ce point divisées.
La deuxième Chambre a progressivement évolué dans le sens de l'identification totale des formes du procès civil et du procès pénal de presse (...) Ainsi, les exigences du procès civil ont complètement rejoint celles du procès pénal. La nullité de l'acte introductif d'instance est encourue dans les mêmes conditions, de part et d'autre, sur l'alinéa 1 de l'article 53. Elle l'est aussi sur les modalités de mise en oeuvre de l'assignation, prévues par le second alinéa sur l'élection de domicile, et la notification de l'assignation au ministère public. L'égalité des armes est donc totale.

4 Afin de prévenir les actes de terrorisme, les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de ces missions peuvent exiger des opérateurs et personnes mentionnés au I de l'article L. 34-1 la communication des données conservées et traitées par ces derniers en application dudit article.
Les données pouvant faire l'objet de cette demande sont limitées aux données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, aux données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux données techniques relatives aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications.

5 Voir aussi l'article 50-1 de la loi de 1881, créé par la loi du 5 mars 2007, qui institue un référé diffamation en matière de diffamation "en ligne" (comprendre peut-être, "sur Internet"):
Lorsque les faits visés par les articles 24 et 24 bis résultent de messages ou informations mis à disposition du public par un service de communication au public en ligne et qu'ils constituent un trouble manifestement illicite, l'arrêt de ce service peut être prononcé par le juge des référés, à la demande du ministère public et de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir.

LA LIBERTE D'EXPRESSION ET D'INFORMATION

Liberté d'expression et liberté d'information sont proches et complémentaires :

- **La liberté d'expression** est la liberté de faire connaitre par le langage. Ainsi, pour Sartre « tout est expression ».
    - L'expression est le contenu de ce qui est exprimé.
    - La liberté d'express est celle de la pensée ou de l'opinion de chacun, dans le sens de l'article 11 DHC 1789.

- **La liberté d'information** :

La sémantique ne rend pas compte de l'étendue du concept, qui est double, tout à la fois :

- liberté d'informer. C'est-à-dire agir dans l'information. La phase est active : il s'agit de mettre au courant. Liberté d'information et d'expression sont alors souvent les mêmes.
- liberté de s'informer. Phase passive : ici, l'information est reçue. C'est la liberté de s'enquérir de se documenter.

Deux droits en découlent : le droit de l'information et le droit à l'information.

Ces deux libertés sont donc fondamentales parce qu'*elles entretiennent des liens avec les autres libertés fondamentales*. ***Ce sont des libertés fondamentales de mise en œuvre***.
Et le droit français les envisage comme instruments individuels ou collectifs de la vie sociale et politique.
Elles peuvent générer des courants d'opinion et rejoignent les grandes lib fondamentales telles que la liberté d'opinion ou de religion.

Deux aspects fondamentaux (summa divisio) :
- Les aspects individuels.
- Les aspects collectifs

(voir aussi et par moi-même la question de la liberté d'expression sur Internet).

I – Les aspects individuels :

Il n'existe pas de texte posant principe de la liberté individuelle d'information.
Cependant il existe grande quantité de textes relatifs à des droits à l'information et d'autres réprimant, prohibant l'information.

A / Les droits positifs :

Les **obligations de renseignement et d'information** :

- Notamment dans le **droit de la consommation**, où s'affrontent les droits d'une partie dominante et d'une autre dominée : L'article L111-1 du code de la consommation dispose que : « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. »

Ces dispositions furent vivement contestées par Ph Malaurie qui y voyait un frein au commerce : un formalisme imposé dans les rapports entre le professionnel et le consommateur, factice et lourd, qui finalement handicape l'économie.
Cette exigence d'information dans les rapports entre profane/consommateur et professionnel, n'est pas le gage d'un éclairage complet de la partie à protéger et la jurisprudence impose l'obligation de renseigner le profane.

Mais au-delà de ces rapports, la jurisprudence impose l'obligation de renseignement, à une certaine branche professionnelle dans ses rapports avec une autre branche professionnelle.

- Le **droit des assurances** a été le siège de l'obligation de renseignement de la partie faible.
La jurisprudence avait construit une sanction : l'inefficacité du moyen pris du défaut de déclaration exacte du risque (sanction tirée de l'article R 140-5 code des assurances (imposant à l'assureur de renseigner ses clients « de manière très précise » :

> Article R140-5 (abrogé au 21 septembre 1990)
> *Le contrat ne peut prévoir la réduction du montant des garanties en raison des résultats constatés.*
> *La police doit comporter une clause prévoyant que le souscripteur tient à la disposition des assurés une **notice** résumant d'une manière **très précise** leurs droits et obligations.*

Voir dans ce sens, l'arrêt rendu le 12 juillet 1983, par la 1ère chambre Civile de la Cour de Cassation (bull I 206 p 184),

> *Attendu qu'il résulte [de l'article R 140-5 du code des assurances] que le souscripteur d'un contrat d'assurance de groupe doit tenir à la disposition des assurés une notice résumant de manière très précise leurs droits et obligations.*

Ou de la 1ère chambre Civile du 6 mai 1985

> *Attendu qu'il résulte de l'article R.140-5 du code des assurances qu'en matière d'assurance de groupe la notice, qui doit être remise à l'adhérent par le souscripteur de cette assurance doit résumer de façon très précise les droits et obligations.*

Et de la 1ère chambre Civile du5 juillet 1988 :

> *Vu l'article R. 140-5 du Code des assurances ;*
> *Attendu qu'il résulte de ce texte qu'il appartient au souscripteur d'une assurance de groupe d'informer exactement par une notice très précise les adhérents, lors de leur souscription, sur l'étendue de leurs droits et obligations ; que cette information ne peut s'effectuer valablement que par la remise de cette notice avant ou au moment de l'adhésion et qu'il appartient au souscripteur, ou le cas échéant à l'assureur, d'établir l'accomplissement de cette formalité.*

- Les lois Scrivner, en matière de **droit du crédit**, sont citées comme celles contenant les obligations d'information les plus drastiques, traduisant la propension du législateur à introduire ces obligations formelles.

- La matière du **droit médical** :
Plus moderne que celle du droit de la consommation, le droit médical a été réformé à partir de 1994, dans le but d'informer le patient sur les actes accomplis, de l'existence et le contenu du dossier médical, et dans le cadre du don d'organe et de gamètes (L 1211-3 CSP : information préalable du donneur des risques et conséquences "Les médecins s'assurent que leurs patients âgés de seize à vingt-cinq ans sont informés des modalités de consentement au don d'organes à fins de greffe et, à défaut, leur délivrent individuellement cette information dès que possible.")
1111-1 et suivants du CSP

> **Article 111-2 du CSP :** Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.
> Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.
> Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.
> La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.
> Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.
> Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.
> En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.

Concernant l'information des usagers du système de santé et l'expression de leur volonté : toute personne a le droit d'être informée de son état de santé, l'information incombe aux professionnels de santé : il n'existe plus aucune prise en charge du patient qui ne soit assortie d'une exigence d'information.
De *sujet* de la santé publique, le patient est devenu un *acteur responsable* de sa propre santé.

- L'**obligation d'information du citoyen** :

Cette innovation est intervenue dans les années 1978-1983. C'est-à-dire au même moment où apparaissaient les lois Scrivner et que se construit la jurisprudence des assurances.
Une autre idée est apparue chez le législateur et en Doctrine : il s'agissait de créer des organes étatiques dédiés à l'information des citoyens dans des domaines considérés alors comme les plus sensibles :

- Le *danger informatique*, susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle : La loi du 6 janvier 1978, créa la CNIL, imposant à toute pers détentrice d'un fichier informatique sur des informations personnelles relatives à des individus des obligations particulières : libre accès des intéressés, destruction des données à la demande de l'intéressé. Ces obligations pesant sur le détenteur des fichiers.
- Autre commission instituée : 17 juillet 1978 complétée par la loi de 1979 la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) : qui vise à permettre à chaque citoyen d'accéder à des données administratives le concernant personnellement.

Ces lois manifestaient les craintes que le citoyen ne soit à la fois à la merci du commerce et à la fois à la merci d'une administration toute puissante.

- Sont aussi apparues diverses obligations de renseigner :
    - - Les citoyens sur les voies de recours contres les décisions administratives
    - - Les administrés, des motivation des décisions administratives.
    - - Les administrés, visés par des procédures d'enquêtes publiques
    - - Et la création le 2 février 1995 de la Commission Nationale du Débat Public

B / Les aspects négatifs de la liberté d'information :

Ces aspects sont dits « négatifs », car ils sont venus prohiber le droit à l'information.
Ils concernent essentiellement le « secret ». On ne traitera pas le « secret », par une approche juridique détaillée. Les aspects du secret peut être synthétisé en trois mécanismes :

- <u>a) Système de moyens prohibés</u>

Les exemples très courant dans notre droit commun :
- Comme en **droit du travail** : dans les conflits du travail, où la plupart du temps on cherche à démontrer la faute du salarié fondée sur une cause réelle et sérieuse.
La jurisprudence illustre la prohibition de l'usage de certains moyens tels que :

- les rapports établis par des enquêteur privés qui auraient suivi un salarié à son insu En ce sens, voir chambre **Sociale du 4 février 1998 :**

Vu l'article 9 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés

- Et **2ème chambre Civile du 3 juin 2004** (pourvoi n° 02-19886), dans le domaine de la vie privée (D 2005 p. 2651).

Vu l'article 9 du Code civil ; Attendu qu'est illicite toute immixtion arbitraire dans la vie privée d'autrui ; Attendu, selon le jugement attaqué, qu'afin d'étayer sa demande en suppression d'une prestation compensatoire, M. X... a recouru aux services d'un détective privé et lui a confié la mission de rechercher les éléments du train de vie de son ex-épouse et l'existence éventuelle d'une situation de concubinage ; que Mme Y..., estimant avoir subi une immixtion dans sa vie privée, a assigné M. X... afin de le voir condamner à lui payer des dommages-intérêts ; Attendu que pour rejeter les prétentions de Mme Y..., le Tribunal a retenu que l'ingérence dans sa vie privée, qui n'était pas contestée, était justifiée par la nécessité d'établir devant le juge aux affaires familiales la réalité des revenus de chacune des parties ; Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que, selon le contenu du rapport issu de cette surveillance, Mme Y... avait été épiée, surveillée et suivie pendant plusieurs mois, ce dont il résulte que cette immixtion dans la vie privée était disproportionnée par rapport au but poursuivi, le Tribunal a violé le texte susvisé

- Réunion d'informations, licenciement, d'un salarié sur la base d'informations et de preuves établis grâce à des dispositifs d'enregistrement « vidéo-cinématographique ». On peut s'interroger sur la limite entre vie privée et vie au travail ? Ainsi le fait de filmer un salarié pendant tout son temps de travail à la caisse a été jugé comme attentatoire à la vie privée du salarié (10/12/97 Soc Bull 434 p. 310 et 22/05/95 Bull 164 p 119 et 20/10/91 V bull 519 p. 323) :

Cass Soc 10 décembre 1997 : "la société Euromarché " Carrefour " a mis en place, en 1993, à l'insu du personnel, un dispositif d'enregistrement vidéo cinématographique ou photographique dans la cabine où se trouvait la caisse du poste à essence ; que, sur la base d'éléments obtenus au moyen de ce

dispositif, plusieurs salariées ont été licenciées ; que Mme X..., agissant en qualité de déléguée du personnel de la société Euromarché " Carrefour " et faisant valoir que les licenciements étaient fondés sur les images d'un film video tourné dans des conditions illicites et attentatoires aux libertés individuelles, a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à l'annulation des licenciements prononcés par la société et à la réintégration des salariées ; "
La Cour de Cassation a reconnu au délégué du personnel "le pouvoir d'agir à l'effet de ***réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles***"

Cette exigence n'est pas unanimement partagée par toutes les chambres de la Cour de cassation. Ainsi, pour la démonstration des délits, la Chambre Criminelle 23 juillet 1992 (Bull Crim 274, p764 et s.) a retenu que :

la société Carrefour, après avoir constaté une baisse importante du chiffre des encaissements en numéraire du rayon service après-vente du magasin d'Hérouville-Saint-Clair, a ***placé une caméra à l'intérieur des locaux du service après-vente****, dans une bouche d'aération, afin de surveiller les opérations de caisse ; que les films visionnés chaque soir par le personnel du service de sécurité ont, semble-t-il, révélé que plusieurs employés avaient commis des infractions au préjudice de la société Carrefour et ont permis de retrouver des documents, factures, tickets de caisse, jetés par ces employés pour couvrir leurs agissements ; que,* ***sur la plainte de la société Carrefour, les policiers qui ont visionné les films ont procédé à l'audition des personnes mises en cause et recueilli les aveux de certaines d'entre elles*** *; que les enquêteurs ont également procédé à des perquisitions ainsi qu'à la saisie de divers documents remis par la plaignante et ont restitué à celle-ci les cassettes vidéo, à charge par elle de les tenir à la disposition de la justice ; que sur réquisitoire du procureur de la République, le juge d'instruction a inculpé cinq employés de la société Carrefour d'abus de confiance et de recel d'abus de confiance ; que,* ***pour être constituée, l'infraction d'atteinte à la vie privée suppose l'existence d'un fait d'enregistrement des paroles ou de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans le consentement de celle-ci, destiné à porter atteinte à l'intimité de sa vie privée*** *; que les salariés de la société Carrefour qui ont été filmés à leur insu par la caméra dissimulée par leur employeur dans une bouche d'aération se* ***trouvaient sur leur lieu de travail, dans un local d'accès, ouvert à tous*** *; que, par ailleurs,* ***l'enregistrement*** *de leurs faits et gestes, destiné à permettre la découverte d'infractions de vol, d'abus de confiance ou d'escroquerie commises au préjudice de leur employeur,* ***ne saurait être assimilé à l'enregistrement d'images concernant l'intimité de la vie privée des personnes*** *; que, dès lors, l'enregistrement critiqué ne constitue pas une atteinte illicite à la vie privée des employés filmés*

Une action civile présentée devant la juridiction pénale se limitant à ne satisfaire que des exigences purement civiles de l'employeur pourra dès lors produire des moyens de preuve pourtant interdits prohibés au civil. Ces moyens seront reçus.
Puis, le pénal tenant le civil en l'état, le demandeur pourra revenir devant les juridictions prud'homales produire la décision.

- b) Moyens publics prohibés :

Ce sont les moyens mis en œuvre par l'autorité publique, tels que les écoutes téléphoniques.
Le problème est que les écoutes téléphoniques portent atteinte à la liberté individuelle, mais elles peuvent être rendues nécessaires par des nécessités d'ordre public.

- Le **droit des écoutes** : avant le début des années 90 le droit était assez protecteur des écoutes fondé sur une jurisprudence de la chambre Criminelle.
Mais ce droit était assez mal reconnu par la CEDH et constituait un droit assez peut stable, aboutissant, par deux arrêts du 24 avril 1990 –Huvig c. France et Kruslin c. France-, à la condamnation de la France.

§ 29 - (...) depuis de longues années déjà, une série de jugements et d'arrêts, en particulier de la Cour de cassation, voient dans les articles 81, 151 et 152 du code de procédure pénale la base légale des écoutes pratiquées par un officier de police judiciaire sur commission rogatoire d'un juge d'instruction.
33. Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une "loi" d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner.
35. Surtout, le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge - qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales - et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le Gouvernement sur ces différents points révèlent au mieux l'existence d'une pratique, dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence.
36. En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré.

Il en est résulté la modification des articles 100 et 100-1 du CPP :

Article 100 (Modifié par Loi n°91-646 du 10 juillet 1991)
En matière criminelle et en matière correctionnelle, ***si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances*** *émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.*
La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours.

Article 100-1 (Créé par la loi du 10 juillet 1991)
La décision prise en application de l'article 100 doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci.

On sait aussi qu'il existe un système d'écoutes administratives parallèles à celles des écoutes judiciaires.

Est-ce que cette restriction s'étend au delà des conversations (liste rouge) ?

Non : le secret des communications téléphoniques est strictement limité au champs des conversations (JSP).

- Au milieu des années 90, dans le domaine électoral et suite aux scandales du début des années 80 et 90, on a atteint un paroxysme dans la prohibition des moyens de l'information visant à limiter le discours électoral :
  - Prohibition en raison de la matière traitée : prohibition de faire la publicité de réalisations effectuées en cours de mandat.
  - Prohibition selon les moyens mis en œuvre, par la limitation des dépenses électorales : on limite ici le quantum de l'info par le truchement des moyens financiers mis en œuvre.

- c) Système de filtres, limitations publiques

il s'agit de dispositifs propres à la construction juridique française, car hérités de corporatismes, des traditions et de l'histoire.
-Dans le domaine du droit : le filtre est l'avocat, très longtemps considéré comme un filtre institutionnel indispensable entre l'institution judiciaire et le justiciable.
Pendant très longtemps, on se posait la question relativement à la relation de l'avocat et de son client en procédure pénale : le justiciable a été très longtemps considéré tel un jouet entre les mains des acteurs de la procédure pénale. Il y a 10 ans, le justiciable ne disposait pas d'accès aux pièces de son dossier pénal et l'avocat devait s'interposer comme le traducteur de ces pièces. Le justiciable était considéré comme un incapable[6]. Au milieu des années 90, sous l'influence de la CEDH, la question de l'accès par le justiciable a été révisée[7] :
Les chambres civiles, criminelle, puis l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation ont réaffirmé l'exigence absolue du truchement de l'avocat **Cassation 1ère civile du 2 février 1994** les copies des pièces ne sont délivrées que pour l'usage de l'avocat :
pourvoi n° 92-10311

> "attendu qu'il résulte tant de l'article 11 du Code de procédure pénale que de l'article 89 du décret n° 72-468 du 9 juin 1972, applicable en l'espèce, fixant les règles professionnelles de l'avocat, que si celui-ci, autorisé par l'article 118, alinéa 4, du Code de procédure pénale à se faire délivrer des copies des pièces du dossier d'instruction, peut en communiquer la teneur à son client pour les besoins de la défense, il ne peut en revanche lui remettre ces copies qui ne lui sont délivrées que pour " son usage exclusif ", **ces pièces devant rester secrètes tant que dure l'instruction**"
> En l'espèce l'avocat a reçu une peine disciplinaire d'avertissement, pour avoir transmis à son client détenu, une copie des pièces du dossier d'instruction. La juridiction civile ayant été saisie par l'avocat, pour apprécier la régularité de la peine disciplinaire.

Puis Crim 15 janvier 1995 Bull Crim I p. 1, qui considère que l'article 6-3 CEDH n'impose pas la remise des copies de pièces à l'accusé, et son refus d'être assisté par un avocat le prive donc du truchement prévu par le code pénal de l'avocat.
Puis, **Plénière 30 juin 1995**, Bull Plen 3 p. 5 : l'avocat ne saurait remettre des copies du dossier à son client (rendu au visa de l'article 6-3 B de la CEDH) :

> *attendu qu'il résulte tant de l'article 114, alinéa 4, du Code de procédure pénale, dont les dispositions ne sont pas contraires à celles de l'article 6.3b de la Convention précitée, que de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, que, si celui-ci, autorisé à se faire délivrer des copies du dossier d'instruction, peut procéder à leur examen avec son client pour les besoins de la défense de ce dernier, il ne saurait en revanche lui remettre ces copies qui ne lui sont délivrées que pour son "usage exclusif" et doivent demeurer couvertes par le secret de l'instruction ; que la cour d'appel, qui a constaté que les avocats de M. Z... avaient remis à ce dernier les copies du dossier d'instruction par l'intermédiaire d'un surveillant de la maison d'arrêt, en a justement déduit qu'ils avaient commis une faute professionnelle*

La loi du 30 décembre1996 autorisant les parties elles-mêmes à accéder directement aux pièces de leur dossier a finalement, effacé la jurisprudence antérieure[8].

---

[6] Article 114 du Code de Procédure pénale :
alinéa 4 Après la première comparution ou la première audition, les avocats des parties peuvent se faire délivrer, à leurs frais, copie de tout ou partie des pièces et actes du dossier. Cette copie peut être adressée à l'avocat sous forme numérisée, le cas échéant par un moyen de télécommunication selon les modalités prévues à l'article 803-1. La délivrance de cette copie doit intervenir dans le mois qui suit la demande.

[7] Voir aussi l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 2008, qui annule le décret prévoyant une obligation « d'information et de coopération » directe des avocat avec TRACFIN :
"*en imposant une relation directe* entre les intéressés et la cellule TRACFIN ***dans les cas où ils répondent aux demandes de cette dernière***, le décret attaqué a méconnu les dispositions de la loi [du 11 février 2004, instituant TRACFIN]
(...)qu'***en se bornant à rappeler les dérogations propres aux procédures juridictionnelles, sans mentionner celles correspondant aux consultations juridiques***, l'article R. 563-4 a méconnu le champ d'application de la loi"

[8] Article 114 du Code de Procédure pénale :
alinéa 5 Les avocats peuvent transmettre une reproduction des copies ainsi obtenues à leur client. Celui-ci atteste au préalable, par écrit, avoir pris connaissance des dispositions de l'alinéa suivant et de l'article 114-1.

Voir l'**arrêt de la chambre criminelle** au visa de l'article 6-3 CEDH du **11 janvier 2001** (Rev droit Pénal Aout-Septembre 2001n36 p9) : le prévenu qui n'a pas d'avocat devant le tribunal correctionnel s'est vu reconnaître le droit d'accéder aux pièces de son dossier, alors que les juges du fond lui avaient interdit :

> Pourvoi n° 00-81465 " Vu l'article 6-3 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
> Attendu que toute personne ayant la qualité de prévenu ou d'accusé est en droit d'obtenir, en vertu de ce texte, non pas la communication directe des pièces de la procédure, mais la délivrance, à ses frais, le cas échéant par l'intermédiaire d'un avocat, de la copie des pièces du dossier soumis à la juridiction devant laquelle elle est appelée à comparaître (...)
> Et "les dispositions réglementaires de l'article R.155 du Code de procédure pénale, soumettant à autorisation du ministère public la délivrance des pièces de la procédure, ne sauraient faire obstacle aux droits de la défense"
> (Article R155 du CPP: "ladite délivrance ne peut porter que sur la plainte ou la dénonciation, ainsi que le jugement de première instance, sauf autorisation accordée, en l'espèce, par le procureur général près la cour d'appel de Rennes, pour ce qui est des autres documents du dossier")
>
> Voir aussi du même jour l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 80-748: "l'avocat, tenu au secret professionnel, doit respecter le secret de l'instruction en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des pièces intéressant une information en cours (...) Viole le secret de l'instruction le juge d'instruction qui communique sciemment des pièces d'une information en cours afin d'en permettre la production dans une instance civile parallèle, au détriment d'une partie..."

- Cette même légitimité s'est retrouvée dans le domaine de la santé publique : l'exigence du médecin comme truchement avec le patient.
Les articles R 710-2-1 et s du CSP prévoyaient que la communication du dossier médical ne pouvait être faite au patient que par l'intermédiaire d'un médecin.
Les articles L1111-1 et s du CSP ont supprimé cette exigence :

> Article L1111-1 Modifié par la loi du 22 avril 2005
> Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose.
> Article L1111-2 Modifié par la loi du 22 avril 2005
> Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé.(...)

Les défis :
On peut se demander s'il y avait autre chose dans le maintien du secret que la volonté de ne masquer qu'un soucis corporatiste, conservateur ?
Si l'on peut admettre que le citoyen a élevé son niveau de culture depuis 50 ans, on doit aussi mener une réflexion sur la ***nécessité et l'exigence du conseil : en effet, que vaut une information brute fournie à un non-averti ?***
Si cette évolution tendant à la suppression d'un truchement obligatoire est légitime, on doit appeler une réflexion tendant à admettre l'obligation du conseil éclairé, qui seul pourra définir une stratégie.

C / Système d'informations prohibées
Deux sortes d'information prohibées : celles qui le sont selon leur nature et celles qui le sont selon leur durée.

- Les informations prohibées selon leur nature
  - Dans l'intérêt des individus :

Dans la vie privée : les articles 9 et 9-1 du code civil proclame le respect de la vie privée.
Ce texte trouve son écho dans l'article 226-1 code pénal (section première : de l'atteinte à la vie privée).
Quelques difficultés sont apparue dans l'application de ces textes. Essentiellement quant à ***la question de la vie privée du défunt*** : Cour de cassation 1ère civile 27 novembre 2001 (D 98 JSP p. 122 note de Malaurie). Existe-t-il un consentement propre du défunt, la Cour d'Appel ayant été rechercher si ses ayant droit s'y opposaient : la vie privée du défunt appartient-elle à ses ayant droit[9] ?

---

[9] En effet, Yves Montant s'étant toujours refusé de son vivant à effectuer un tel test, le TGI en avait déduit une présomption d'aveu de paternité. Puis avait déclaré Aurore Drossart sa fille en raison de leur ressemblance physique. Les ayant-droit d'Yves Montant décédé interjetèrent appel du jugement et, les 4 juillet 1996 et 6 novembre 1997, la Cour d'Appel de Paris ordonna l'exhumation du corps d'Yves Montant, pour y effectuer un prélèvement ADN afin d'établir une preuve formelle de filiation prétendue par Aurore Drossart.
"Attendu que, dans une instance en recherche de paternité naturelle opposant X..., née le 6 octobre 1975, et sa mère, Mme A... X..., aux ayants droit de F... Z..., dit N..., décédé le 9 novembre 1991, l'arrêt attaqué (Paris, 17 décembre 1998) a dit n'y avoir lieu à annulation des expertises sanguine et génétique pratiquées en exécution d'arrêts avant dire droit des 4 juillet 1996 et 6 novembre 1997, ni à de nouvelles mesures d'instruction, et décidé qu'F... Z... n'était pas le père d'X... ;

Ensuite, suite au décès de F Mitterrand et la publication de photos du mort sur son lit de mort, puis des révélations du docteur Grübler). La jurisprudence s'est progressivement forgée, pour aboutir à des solutions tranchées aujourd'hui et certaines :

Hésitations jurisprudentielles :

- TGI Paris13 janvier 1997 (D97 JSP p 255) : les atteintes à l'intimité de la vie privée peuvent porter sur les photos d'une personne vivante ou morte. On ne peut soutenir que le droit au respect à la vie privée prend fin au décès. Le juge condamna alors Paris-Match pour avoir les photos de Mitterrand
- CA Paris 2 juillet 1997 (D 97 JSP p 596) juge en sens inverse, que la protection ayant un caractère individuel, il en résulte que le droit au respect de la vie privée n'appartient qu'au vivant et ne peut se transmettre à ses héritiers. Face à cela, la Cour d'Appel avait aussi parlé d'atteinte à la vie privée de la famille.
- 1er chambre Civile de la Cour de cassation du 14décembre 1999 : « le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit ».
- Cour de cassation 2ème chambre Civile du 8 juillet 2004 : « le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit, et n'est pas transmis à ses héritiers » et encore Cour de cassation 1ère chambre civile du 15 février 2005.

Dans le même temps une jurisprudence parallèle s'est développée dans le contexte de l'assassinat du préfet Eyrignac et suite à la publication des photos de son cadavre. : faute de porter atteinte à l'intimité du mort, le fait de publier cette photo n'était pas de nature à porter atteinte au droits de ses proches.

- La Cour d'Appel de Paris le 24 février 1998 par une forme d'habileté décide que : « la publication de photos de la personne assassinée au cours de la période de deuil de ses proches parents constitue une profonde atteinte à leur sentiment d'affliction et qui porte atteinte à leur intimité »
- Et pourtant la Cour d'Appel de Metz le 12 avril 2000 (D 2000 JSP 817) a jugé exactement l'inverse.

Question de l'affrontement entre les atteintes à la vie privée et l'exigence à l'info.

La directive européenne 95/46 du 24 octobre 1995 dans son article 9 invite les États Membres à assouplir les conditions de traitement des données personnelles, pour les seules fins journalistiques ou artistiques :

> Article 9
> Traitements de données à caractère personnel et liberté d'expression
> Les États membres prévoient, pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations au présent chapitre, au chapitre IV et au chapitre VI dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression.

Les prohibitions d'informations qui émanent d'un avocat et de celles émanant du médecin :

- Le secret professionnel de l'avocat a longtemps été considéré comme inviolable.

Mais la jurisprudence a battu en brèche par l'arrêt de la chambre Sociale de la Cour de cassation du 24 avril 1985 (pourvoi 84-60826) :

> « Si la correspondance professionnelle échangée entre les avocats revêt un caractère confidentiel et ne peut en principe pas faire l'objet d'une production en justice. Il en est autrement lorsqu'elle établit l'existence d'un accord définitif intervenu entre les parties, par l'intermédiaire de leurs conseils et que la production de cette correspondance a été préalablement autorisée par le bâtonnier. »

Voir aussi la faculté de révéler des informations qu'un avocat tient de son client, dès lors que cette révélation découle de sa mission de rédacteur d'actes et non d'assistance dans l'exercice des droits de la défense : Cass. Crim 30 septembre 1991 :

> « Dès lors que l'audition en cause concernait une activité de rédacteur d'acte ou de négociateur, et non l'exercice des droits de la défense »

et 30 juin 1999.

Attendu que, loin de se borner à affirmer la primauté des expertises judiciaires, la cour d'appel a examiné chacune des critiques adressées aux experts par Mmes X... et aux sachants choisis par elles et les a réfutées par une appréciation qui ne peut être remise en cause devant la Cour de Cassation ; que c'est sans contradiction et hors toute dénaturation qu'elle a estimé que l'identité du corps exhumé était acquise, que toutes les mesures avaient été prises pour éviter la contamination des fragments relevés et que les nouvelles investigations réclamées par Mmes X... n'ajouteraient rien aux résultats parfaitement concordants des expertises déjà diligentées"

Réduit à la seule sphère de l'exercice des droits de la défense, s'était réduire à néant le champs du secret professionnel de l'avocat.
Mais le rapport Attali, dans sa décision n°217 (Rapport « 300 décisions pour Changer la France »), indique in fine que :

> « le respect des règles déontologiques applicables aux avocats aux experts-comptables et aux commissaires aux comptes, notamment en termes de confidentialité et de conflits d'intérêts devra être strictement maintenu ».

- Les professionnels de la médecine
L'arrêt de la Cour de cassation chambre Criminelle du 22/12/1966 Bull 305 p 714 et D 67 JSP p 322 :

> "L'arrêt attaqué a rejeté les conclusions de l'accusée tendant à délier son propre médecin du secret professionnel aux motif que cette obligation, édictée pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de [la médecine], s'impose aux médecins comme un devoir de leur état, qu'elle est générale et absolue et qu'il n'appartient à personne de les en affranchir.
> Attendu qu'en statuant ainsi la cour, (...) a fait une exacte application de l'article 378 du code pénal."

L'article 378 Code Pénal, est relatif à l'obligation de secret professionnel lequel s'impose aux médecins comme un devoir de leur état. Cette obligation est générale et absolue et il n'appartient à personne de s'en affranchir (même au patient, même au juge).
On s'en est largement éloigné :

- 1ère Civ 9 juin 1993 Bull 214 p 149 : le secret médical doit céder devant l'absence d'un intérêt légitime contraire :

> "la compagnie Abeille Vie avait invoqué dans ses conclusions d'appel son droit d'exiger une preuve par certificat médical et soutenu que le secret médical ne devait pas servir à la fraude entre les parties au contrat d'assurance ; que dès lors, en se prononçant par les considérations visées au moyen pour décider que Mme X... était en l'espèce mal fondée à invoquer le secret médical pour s'opposer à la production en justice du document litigieux, la cour d'appel n'a fait qu'énoncer les motifs de sa décision, sans mettre dans le débat un moyen dont les parties n'auraient pas été à même de débattre contradictoirement."

- Et aussi 10 décembre 1996,
- puis revirement 1ère chambre civile Cour de cassation du 12 janvier 1999. revenant à une plus grande protection du secret médical :

> "la remise de la lettre du médecin-traitant à la compagnie La Mondiale procédait d'une violation du secret médical commise par son médecin conseil, qui ne pouvait révéler à son mandant des renseignements qu'il avait reçus de son confrère, de sorte que cette lettre devait être écartée des débats. "

Le secret est institutionnalisé par l'article 16-8 du code civil, notamment en matière de dons d'organes.

- Dans l'intérêt général :

On ne peut envisager que 2 types de secrets
Le secret de l'instruction visé à l'article 11 du code de procédure pénale, n'a qu'une valeur relative : il ne s'impose qu'aux personnes qui concourent à la procédure.
Les parties civiles en sont donc écartées par une jurisprudence constante de la Cour de cassation.

Le secret défense :
Avec des déclinaisons raffinées, selon l'importance des secrets couverts.

Les discours provocateurs :
Sanctions pénales qui vissent celui qui provoque à la haine, à s'armer, à la trahison ou à l'espionnage…

- Les informations prohibées selon leur durée :

La législation sur les archives :
Système français de protection des archives publiques conduisant à limiter l'accessibilité à l'information selon leur ancienneté.
La loi du 3 janvier 1979 article 7 instaure divers délais avant la libre consultation des archives :

> Le délai au-delà duquel les documents d'archives publiques peuvent être librement consultés est porté à :
> 1° Cent cinquante ans à compter de la date de naissance pour les documents comportant des renseignements individuels de caractère médical ;

2° Cent vingt ans à compter de la date de naissance pour les dossiers de personnel ;
3° Cent ans à compter de la date de l'acte ou de la clôture du dossier pour les documents relatifs aux affaires portées devant les juridictions, y compris les décisions de grâce, pour les minutes et répertoires des notaires ainsi que pour les registres de l'état civil et de l'enregistrement ;
4° Cent ans à compter de la date du recensement ou de l'enquête, pour les documents contenant des renseignements individuels ayant trait à la vie personnelle et familiale et, d'une manière générale, aux faits et comportements d'ordre privé, collectés dans le cadre des enquêtes statistiques des services publics ;
5° Soixante ans à compter de la date de l'acte pour les documents qui contiennent des informations mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'Etat ou la défense nationale, et dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat.

Notons que es archives de la guerre, de Vichy, comme celles de l'épuration ont ainsi été mises en « black out » grâce à ces textes.
Accompagnée d'un décret du 3 décembre 1979.

On peut parler d'une dérive progressive, partant de la protection des informations personnelles à la protection collective, par le biais de la publicité, comme l'illustre la jurisprudence résultant des publicités Benetton, où étaient mis en scène des thèmes comme le retour du virus du SIDA, ou les communautarismes religieux.
La jurisprudence ayant, par le biais de la protection à la vie privée, pu retenir le concept de la protection à la vie collective et communautaire :
- TGI de Paris 01 février 1995 et Cour d'Appel de Paris 28 mai 1996 (D 96 JSP p 617
Note D 2005 n 22005 p 1326 et s.) :

- **Cour de cassation 1ère chambre civile du 14 février 2006** (D 2007 panorama 1041).
Où il était question en l'espèce d'un tract de nature à froisser des catholiques :

« Attendu que, pour déclarer les prévenus coupables du délit visé à l'article 33, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, l'arrêt énonce que l'association de l'image dénaturée d'une religieuse, à l'expression "Sainte Capote" et à un dessin de préservatifs, a pour effet de créer un amalgame provocateur et de mauvais goût, ayant pu être ressenti comme une ***offense envers la communauté catholique en raison de sa croyance et de ses pratiques*** ;
Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que, *si le tract litigieux a pu heurter la sensibilité de certains catholiques, son contenu ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression*, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des propos incriminés, et du *principe ci-dessus rappelé* »

Même solution : **Cour de cassation chambre Criminelle du 02 mai 2007** (Actualité D 2007 n° 25 p. 1734) :

"pour débouter la partie civile de ses demandes, l'arrêt énonce notamment que **les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite** et que, si ce dessin a *pu heurter la sensibilité de certains chrétiens ou de certains catholiques, son contenu, qui illustre un débat entre cardinaux sur la nécessité de se protéger du SIDA et entend frapper le lecteur sur le fléau que le virus représente notamment en Afrique, ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression* garantie par la Convention européenne des droits de l'homme"

II Pour les aspects collectifs voir les ouvrages

AUTRES QUESTIONS :

- **Loi du 29 juillet 1981 (relatif à la diffamation)**
- **Problématique du référé en matière de presse (arrêt Mitterrand)**
- **Corpus normatif relatif à la liberté de communication audiovisuel (à voir en gros)**
- **Art 11 de la charte des dts fonda et art 11 de la DDHC et art 10 de la CEDH régissent les mêmes matières**
- **Internet : dt embryonnaire (lire le rapport du CE pour 1998 qui a pris parti du dt de l'internet)**
- **Dispositions de l'art 6 de la loi du 23 janv 2006 sur internet**
- **Décret d'application du 24 mars 2006 (art 6 I §2§7§8)**
- **Art L 34-1 code des postes et télécommunications électroniques : o pesant sur les fournisseurs d'accès**